

## **Legittima l'esclusione per un'anomalia dell'offerta (inaffidabile, inattendibile e spregiudicata, in quanto addossante parte dei costi ad altre amministrazioni pubbliche), implicante assenza di copertura dei costi (per analisti programmatori impiegati pe**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Un'offerta economica, la cui componente costituita dal personale risulta quotata zero ovvero quasi zero, è in realtà un'offerta commerciale non attendibile né sicura. e' corretto affermare che la verifica dell'offerta anomala può tener conto non

solo di

una prospettiva statica dell'offerta sottoposta a scrutinio di anomalia, bensì anche di

una sua prospettiva dinamica, ossia in una visione complessiva dell'efficienza e della funzionalità del futuro rapporto contrattuale, in funzione degli elementi specificamente ravvisabili nel sinallagma prestazione-controprestazione?

Invero, nell'ambito di un rapporto corrispettivo (come un contratto di servizi), ove per la componente umana della prestazione (pur sempre la più importante, in seno ad un'organizzazione aziendale) non sia prevista alcuna controprestazione (prezzo) a sua copertura, assumendosi che la stessa (e la conseguente copertura del costo di quella componente) sia già sufficientemente assicurata da un terzo, che tuttavia abbia già impegnato quella stessa componente nel quadro di un suo diverso ed autonomo rapporto corrispettivo, è legittimo dubitare della certezza e della stabilità della prestazione medesima, in assenza di un vincolo giuridicamente sicuro e suscettibile, al bisogno, di far pretendere l'adempimento dalla parte interessata alla prestazione. Secondo la ricorrente, il personale addetto all'organizzazione del servizio offerto era più che sufficiente a garantire le prestazioni richieste anche dall'A.R.P.A. Lazio, con un costo già più che ripagato da tutte le altre commesse con clienti diversi, ma ciò non poteva superare in chiave oggettiva (trattandosi di mere asserzioni riferite a tempi futuri e, quindi, insuscettibili di riscontri materiali certi) la perplessità dell'A.R.P.A. Lazio, espressa in ciò che, al momento del bisogno, l'help desk dell'attuale appellante potesse non essere al suo (completo) servizio, **nei limiti ovviamente delle prestazioni (e delle relative componenti) effettivamente convenute e pagate: il che, oltre a risultare di fatto pienamente plausibile e ragionevole, risulta appartenere al novero di quelle razionali valutazioni di stretto merito tecnico-amministrativo che sfuggono al tipico controllo**

**del giudice amministrativo.**

Merita di essere segnalata la decisione numero 1841 del 31 marzo 2009, emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

Pertanto, qualora il personale addetto al servizio di help desk sia già posto a disposizione di un diverso committente (cliente della società), verso un corrispettivo commisurato anche in funzione del costo di tale personale, e lo stesso personale risulti altresì posto a disposizione di un ulteriore cliente, al quale invece non venga chiesto un corrispettivo a copertura del costo di quel medesimo personale, è legittimo quanto meno supporre che, ove il medesimo personale dovesse essere prioritariamente orientato, nell'organizzazione del servizio, verso una delle due prestazioni oggetto delle differenti commesse, esso verrebbe concentrato a servizio del cliente pagante, piuttosto che di quello non pagante, come correttamente ritenuto dall'A.R.P.A. Lazio in occasione della valutazione dell'anomalia dell'offerta prospettata in occasione dell'analisi di quella dell'attuale appellante e, poi, dai primi giudici.>

A cura di \*\*\*\*\*

N.1841/09

\*\*\*\*\*

N.1703

REG.RIC.

ANNO 2008

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il  
Consiglio  
di  
Stato  
in  
sede  
giurisdizionale

Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 1703/2008, proposto dalla:

- ALFA Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\* ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. \*\*\*\*\* in via Emanuele Gianturco n. 11, Roma, appellante;

**contro**

- l'Agenzia regionale protezione ambientale - A.R.P.A. Lazio, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\* ed elettivamente domiciliata presso il suo studio, in via Principessa Clotilde n. 2, Roma, appellata;

**e nei confronti di**

- BETA Software s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio, appellata;

**per l'annullamento e/o la riforma, previa sospensione dell'efficacia,**

della sentenza del T.a.r. Lazio, Roma, sezione I-ter, n. 36/2008, resa tra le parti e concernente l'affidamento di servizi di manutenzione ed assistenza alle procedure di natura tecnica dell'A.R.P.A. Lazio

e danni risarcibili.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata A.R.P.A. Lazio.

Visti gli atti tutti della causa.

Relatore, alla pubblica udienza del 3 febbraio 2009, il Consigliere

\*\*\*\*\*.

Uditi, per le parti, gli avv.ti\*\*\*\*i, per delega di \*\*\*\*\*, e \*\*\*\*\*.

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

### **FATTO**

La ALFA Italia s.p.a. aveva partecipato ad una gara bandita dall'A.R.P.A. Lazio per l'affidamento, per trentasei mesi, di servizi di manutenzione ed assistenza alle procedure applicative di natura tecnica sue

proprie: la gara era stata aggiudicata alla G. & F Software s.r.l. e l'attuale appellante era risultata seconda.

Con sentenza T.a.r. Lazio, Roma, n. 1655/2007 (poi sospesa dal Consiglio di Stato, sezione V, con ordinanza n. 1861/2007) era stato definito un primo ricorso proposto dalla ALFA Italia s.p.a. avverso l'atto di aggiudicazione: la società aveva ottenuto che l'A.R.P.A. Lazio riavviasse la procedura di aggiudicazione per individuare il legittimo primo classificato ed aggiudicatario definitivo della gara; tuttavia, l'A.R.P.A. Lazio aveva sottoposto l'offerta della ricorrente a verifica di anomalia e, riscontrata, aveva escluso la sua offerta dalla gara.

Donde il nuovo ricorso, comprendente richieste caducatorie e risarcitorie e proposto sempre al T.a.r. Lazio, Roma, per:

a) violazione dell'art. 25, d.lgs. n. 157/1995, e dell'art. 3, legge n. 241/1990; eccesso di potere per carenza assoluta d'istruttoria e motivazione e travisamento dei fatti, poiché l'interessata disponeva da tempo di un servizio di help desk (specie di specialistico call center telefonico) e di un gruppo di analisti programmatori impiegati su detto servizio, entrambi componenti essenziali per l'adempimento della prestazione oggetto del contratto a base della gara e già contabilmente ammortizzati, nei relativi costi, in quanto già utilizzati per l'adempimento delle prestazioni oggetto di altri contratti stipulati con soggetti terzi, benché una parte del personale risultasse inutilizzata: ragione per cui nella composizione dell'offerta in esame il costo del personale era sostanzialmente nullo, senza alcunché di anomalo, con correlativa illegittimità dell'esclusione della sua offerta dalla gara giustificata proprio col fatto che la voce di costo per il personale era inesistente;

b) ulteriore violazione dell'art. 25, d.lgs. n. 157/1995, e dell'art. 3 della legge n. 241/1990; eccesso di potere per carenza assoluta d'istruttoria e motivazione, non essendosi comprovata l'asserzione della stazione appaltante, secondo cui l'offerta della ALFA, per come composta, non avrebbe garantito la componente personale in rapporto alla prestazione oggetto del contratto;

c) violazione della lex specialis, dell'art. 25, d.lgs. n. 157/1995, e dell'art. 3, legge n. 241/1990; eccesso di potere per difetto dei presupposti e travisamento dei fatti, non potendosi negare che la società disponesse di un servizio di help desk già organizzato e capace di assolvere adeguatamente le prestazioni relative al contratto posto a base della gara.

Si costituiva in giudizio la sola A.R.P.A. Lazio, concludendo per la reiezione del ricorso, che veniva poi respinto dai primi giudici con sentenza prontamente impugnata (anche con richieste risarcitorie) dalla ALFA per tutte le doglianze già dedotte in prime cure, nonché per vizio di motivazione e violazione del cit. art. 25, d.lgs. n. 157/1995, avendo il Tribunale di prima istanza deciso in base ad un semplice giudizio di anomalia prognostico ed opinabile (sulla base di un inesistente requisito di ammissibilità, ritenuto singolarmente essenziale: la non utilizzabilità, nel servizio reso, di personale già impegnato, anche solo parzialmente, in attività relative ad altre commesse), pur senza contestare nulla di quanto addotto dalla

ALFA, in fatto e diritto (cfr. C.d.S., sez. VI, dec. n. 2334/2002), circa il costo complessivo previsto per l'attività degli analisti programmatori addetti al servizio di help desk, più o meno pari al 45% del prezzo stimato (v. pagg. 44-45, atto d'appello), con un previsto utile netto di oltre 100.000,00 euro (all'incirca il 10% del valore del servizio offerto: significativo margine di sicurezza).

L'appellata A.R.P.A. Lazio si costituiva in giudizio, in difesa dell'appellata pronuncia (resistendo pure alla prospettata domanda risarcitoria, in presenza di danni parificabili allo zero, in rapporto ai presunti utili d'impresa non conseguiti, in quanto inesistenti), ed eccepiva (anche con apposita memoria riassuntiva) di aver disposto l'esclusione per un'anomalia dell'offerta (inaffidabile, inattendibile e spregiudicata, in quanto addossante parte dei costi ad altre amministrazioni pubbliche), implicante assenza di copertura dei costi (per analisti programmatori impiegati per 1650 giorni lavorativi, con un'incidenza di euro 250.272,00 nel triennio) e di utile d'impresa (pur con un previsto costo complessivo pari ad euro 105.000,00), con un tasso di redditività sul totale dei ricavi pari al - 18,60% (cfr. C.d.S., sez. VI, dec. n. 5967/2006; sez. V, dec. n. 3410/2005; dec. n. 4261/2006).

All'esito della pubblica udienza di discussione la vertenza passava in decisione, dopo il rigetto di un'istanza cautelare, con ordinanza n. 2223/2008 di questa stessa sezione del Consiglio di Stato, ed il deposito di una memoria riassuntiva da parte della ALFA.

## **DIRITTO**

L'appello è infondato e va respinto, dovendosi condividere le motivazioni espresse nell'impugnata sentenza per le ragioni che seguono.

È noto come sia organizzato e quali siano le componenti di un servizio di help desk, nei suoi tratti essenziali, soprattutto funzionali e finalistici: ove non completamente automatizzato e/o meccanizzato, detto servizio, per poter operare in modo efficiente ed efficace, presuppone sempre, all'interno della sua organizzazione, la presenza di un certo numero di persone fisiche che rispondano prontamente alle chiamate per aiuto (help) e prontamente siano in grado di suggerire direttamente la soluzione del problema oggetto della chiamate ovvero di intervenire per la sua soluzione o di far intervenire, sempre con sollecitudine, chi possa risolverlo.

L'A.R.P.A. Lazio aveva bandito la gara per cui è causa proprio per dotarsi, in forma esterna, di un servizio di help desk e la ALFA disponeva dell'organizzazione adeguata per rendere un appropriato servizio di help desk, ma il profilo essenziale che aveva determinato l'esclusione della sua offerta dalla gara consisteva nel fatto che il suo servizio non risultava (attraverso l'offerta proposta) essere messo a piena e totale disposizione della stazione appaltante: elemento rivelatore di questo profilo essenziale (attraverso l'analisi dell'offerta economica della società) era stato il fatto che il costo del personale addetto al servizio di help desk fosse praticamente pari a zero.

In ogni caso, tale costo (incidente ai fini della determinazione del corrispettivo del contratto richiesto dalla ALFA in sede di gara) appariva talmente basso da non rientrare in attendibili medie di mercato per identiche componenti di servizi analoghi: al riguardo, la difesa della ricorrente (richiamando quanto dalla stessa argomentato in sede di procedimento di verifica della anomalia dell'offerta) si incentrava sulle seguenti, fondamentali affermazioni:

- essa disponeva di un'organizzazione idonea a rendere servizi di help desk, ivi inclusi quelli interessanti per l'A.R.P.A. Lazio ed era già impegnata in molte altre commesse conseguite nel tempo con soggetti terzi, con corrispettivi risultanti già più che sufficienti ad ammortizzare tutti i costi dell'organizzazione del servizio stesso, in particolar modo quelli occorrenti per la componente personale;

- le prestazioni sottese alle commesse esistenti erano tali da non assorbire completamente la potenzialità funzionale dell'organizzazione del servizio espletabile dall'attuale appellante, data l'esuberanza del suo personale già disponibile e più che sufficiente per provvedere all'adempimento degli obblighi relativi al contratto bandito dall'A.R.P.A. Lazio che, comunque, non soddisfatta da dette argomentazioni, aveva escluso l'offerta della ALFA.

A parte la pur rilevata singolarità, per cui la società avrebbe invero inteso addossare (attraverso l'offerta proposta) ad A.R.P.A. Lazio una sua diseconomia (personale sottoutilizzato e, pertanto, esuberante rispetto alla sua pregressa organizzazione aziendale) più che una sua economia, la questione si riassume in ciò che un'offerta economica, la cui componente costituita dal personale risulta quotata zero ovvero quasi zero, è in realtà un'offerta commerciale non attendibile né sicura.

Invero, nell'ambito di un rapporto corrispettivo (come un contratto di servizi), ove per la componente umana della prestazione (pur sempre la più importante, in seno ad un'organizzazione aziendale) non sia

prevista alcuna controprestazione (prezzo) a sua copertura, assumendosi che la stessa (e la conseguente copertura del costo di quella componente) sia già sufficientemente assicurata da un terzo, che tuttavia abbia già impegnato quella stessa componente nel quadro di un suo diverso ed autonomo rapporto corrispettivo, è legittimo dubitare della certezza e della stabilità della prestazione medesima, in assenza di un vincolo giuridicamente sicuro e suscettibile, al bisogno, di far pretendere l'adempimento dalla parte interessata alla prestazione.

Pertanto, qualora il personale addetto al servizio di help desk sia già posto a disposizione di un diverso committente (cliente della società), verso un corrispettivo commisurato anche in funzione del costo di tale personale, e lo stesso personale risulti altresì posto a disposizione di un ulteriore cliente, al quale invece non venga chiesto un corrispettivo a copertura del costo di quel medesimo personale, è legittimo quanto meno supporre che, ove il medesimo personale dovesse essere prioritariamente orientato, nell'organizzazione del servizio, verso una delle due prestazioni oggetto delle differenti commesse, esso verrebbe concentrato a servizio del cliente pagante, piuttosto che di quello non pagante, come correttamente ritenuto dall'A.R.P.A. Lazio in occasione della valutazione dell'anomalia dell'offerta prospettata in occasione dell'analisi di quella dell'attuale appellante e, poi, dai primi giudici.

D'altra parte, l'art. 25, comma 2, d.lgs. n. 157/1995, non impediva tale ragionamento, mirando detta norma a circoscrivere i fattori minimi da prendere in considerazione nella verifica di un'offerta apparentemente anomala, ma non ne determinava un numero chiuso ("L'amministrazione aggiudicatrice tiene conto, in particolare, ....."), non escludendo, per quanto detto, anche possibili fattori ulteriori rispetto a quelli testualmente elencati, analizzati non tanto e non solo in una prospettiva statica dell'offerta sottoposta a scrutinio di anomalia, bensì anche in una sua prospettiva dinamica, ossia in una visione complessiva dell'efficienza e della funzionalità del futuro rapporto contrattuale, in funzione degli elementi specificamente ravvisabili nel sinallagma prestazione-controprestazione.

Secondo la ALFA, il personale addetto all'organizzazione del servizio offerto era più che sufficiente a garantire le prestazioni richieste anche dall'A.R.P.A. Lazio, con un costo già più che ripagato da tutte le altre commesse con clienti diversi, ma ciò non poteva superare in chiave oggettiva (trattandosi di mere asserzioni riferite a tempi futuri e, quindi, insuscettibili di riscontri materiali certi) la perplessità dell'A.R.P.A. Lazio, espressa in ciò che, al momento del bisogno, l'help desk dell'attuale appellante potesse non essere al suo (completo) servizio, nei limiti ovviamente delle prestazioni (e delle relative componenti) effettivamente convenute e pagate: il che, oltre a risultare di fatto pienamente plausibile e ragionevole, risulta appartenere al novero di quelle razionali valutazioni di stretto merito tecnico-amministrativo che sfuggono al tipico controllo del giudice amministrativo.

L'appello va, dunque, respinto (con immediata pubblicazione del dispositivo, data la materia trattata: art. 23-bis, comma 6, legge 6 dicembre 1971 n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000 n. 205), con salvezza dell'impugnata sentenza, mentre le spese del giudizio di seconda istanza seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.



**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta,

respinge l'appello;

condanna l'ALFA Italia s.p.a. a rifondere all'A.R.P.A. Lazio spese ed onorari del giudizio di secondo grado, liquidati in complessivi euro quattromila/00, più oneri accessori e spese generali.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, Palazzo Spada, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, nella camera di

consiglio del 3 febbraio 2009, con l'intervento dei signori magistrati:

\*\*\*\*\*

Presidente

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

Consigliere

Aldo

\*\*\*\*\*

Consigliere rel. est.

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

Consigliere

\*\*\*\*\*

MELE

Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Aldo SCOLA

\*\*\*\*\* LA MEDICA

IL SEGRETARIO

F.to \*\*\*\*\*

<https://www.diritto.it/legittima-l-esclusione-per-un-anomalia-dell-offerta-inaffidabile-inattendibile-e-spregiudicata-in-quanto-addossante-parte-dei-costi-ad-altre-amministrazioni-pubbliche-implicante-assenza-di-coper/>